

《厦门大学法律评论》第5辑  
厦门大学出版社 2003.6 版  
《两岸民商事法律冲突的性质及立法设计》  
第 270 页~第 286 页

# 两岸民商事法律冲突的性质及立法设计

徐崇利\*

## 目 次

- 一、解决两岸民商事法律冲突的基本政策和立法模式
- 二、两岸民商事法律冲突的特殊问题及其解决

总的来看,近十几年来,海峡两岸的民商事交往呈不断发展的趋势。两岸双方加入 WTO、实现“三通”后,两岸的民商事交往将进一步扩大。随着两岸民商事交往的扩大和发展,必然会带来越来越多的两岸民商事法律冲突。<sup>①</sup>从性质上看,两岸的民商事法律冲突属于“一个中国”原则下的特殊“区际法律冲突”。对于这种法律冲突,应本着“一国两制”的原则,立足于两岸政治、经济、社会等现实,寻求妥善的解决办法。

---

\* 徐崇利:厦门大学法律系教授。

① 据统计,从 1995 年到 2000 年底,福建省各级人民法院共受理涉台经济案件 93 起。案由包括合资经营、承包经营、股权转让、借款合同、委托代理、海商海事、厂房租赁等纠纷。这些案件都涉及两岸的民商事法律冲突问题。详见吴国平、陈向聪、蔡善强:《两岸民商事法律冲突的性质和解决》,《福建省政法管理干部学院学报》2002 年第 4 期,第 41 页。

## 一、解决两岸民商事法律冲突的基本政策和立法模式

基本政策和立法模式的确立,是适当解决有关两岸民商事法律冲突体问题的基础和指针。

### (一)解决两岸民商事法律冲突的基本政策

对于两岸民商事法律冲突的解决,可实行与“政治问题”分开的基本政策,即采取“临床隔离”的办法。

两岸的最终统一,有赖于台湾经济对大陆的依赖和台湾民众对大陆的了解。不管两岸政治关系如何波动,只要两岸经贸及民间交往和联系不断加强,就会形成一条使台湾无法脱离祖国大陆母体的“脐带”。解决两岸民商事法律冲突,就是为了保证两岸民商事交往有法可依,这对促进两岸经贸及民间交往,具有重要的意义。因此,从长远的角度来看,应尽量避免因两岸政治关系的波动而影响两岸民商事法律冲突问题的解决。总体而言,对两岸民商事法律冲突的解决采取与政治问题“临床隔离”的办法,不会损害“一国两制”的基本原则。

一方面,两岸的民商事法律冲突属于一国主权范围内的“区际法律冲突”。

通观世界许多国家,尤其是联邦制国家,民商事法律并非完全统一,由此往往在一国内部形成不同的“法域”,解决各法域间民商事法律冲突的规则,被称为“区际私法”或“区际冲突法”。

无疑,依大陆的区际冲突规则解决两岸民商事法律冲突,必然会产生适用台湾民商事法律的问题。对于该问题的性质,应有一个正确的认识:

首先,在区际私法中,适用其他法域的民商事法律,只是为了保护私人的民商事利益,并非对该法域国际政治和法律地位的认同。一方既允许双方的私人发生民商事交往,就没有理由不对其私人权益实行民商法上的合理保护。对于两岸的民商事交往来说,亦是如此,即适用台湾的民商事法律,并不等于承认台湾的所谓“国际法律地位”。在香港和澳门回归前,就大陆与该两地发生的法律冲突,大陆也依冲突规则援用香港和澳门的民商事法律,但是从来没有人认为,当时大陆就此等于承认香港和澳门是两个“国

家”或其主权属于英国和葡萄牙。

其次,区际法律冲突一般发生在具有统一主权的国家内部的不同法域之间。目前,两岸虽未统一,但我们一贯坚持“一个中国”的原则,视台湾为中国一个不可分割的组成部分。相应地,依区际冲突规则援用台湾的民商事法律,只要大陆认为适用的是中国域内另一地区的法律,就不会产生不良的政治后果,而且以何种名义适用台湾的民商事法律,根本无须经台湾当局的“承认”,<sup>②</sup> 这些就足以表明大陆在解决两岸民商事区际法律冲突时,并未放弃“一个中国”的原则。

再次,在解决两岸民商事法律冲突的过程中,即使依区际冲突规则适用台湾的民商事法律,只要运用有关冲突法理论对此作出适当的解释,就可绕开政治上的障碍:其一,可采“事实承认说”。为避免对台湾法律的直接承认,可将适用台湾民商事法律定位为一种证明“既存权利”存在的法律事实,如英美法系传统的冲突法理论就采用“既存权说”;其二,可采“事实规范说”,即只承认台湾的民商事法律只是一种“事实规范”,而不构成“法律”本身。英美法系国家依冲突规则适用外国法时,就历来将外国法视为“事实”,而非“法律”。<sup>③</sup>

另一方面,两岸的民商事区际法律冲突属于“私法”之间的冲突。

两岸民商事法律均属“私法”的范畴,调整的是两岸私人之间在财产和人身方面的法律关系,一般不会直接涉及政治因素。由此,人民法院依冲突规则适用台湾的民商事法律,通常不会引发违反“一国两制”原则的问题。

2001年12月,两岸双方已分别加入WTO,大陆承认台湾在WTO框架内以“台、澎、金、马”为名的单独关税区地位。既然大陆和台湾同为WTO

---

② 处理两岸司法协助关系则不同,大陆法院作出的判决有一个以何种名义在台湾申请执行的问题。就此,如果我们对两岸关系的定位得不到台湾当局的“认同”,大陆法院的判决在台湾就无法得到承认和执行。

③ 在台湾当局起草1992年《台湾地区与大陆地区人民关系条例》的过程中,为了回避对大陆法律的直接承认,以免造成所谓的“违宪”问题,台湾学界就曾提出适用大陆法律的“事实承认说”和“事实规范说”。详见宋浚主编:《台湾“两岸人民关系条例”评析》,中国人民公安大学出版社1994年版,第59页。

的成员方,那么在适用 WTO 协定的过程中,事实上就不可能不涉及对方法律效力的问题,而且这些法律主要是带有“公法”性质的经济法律。由此可以推及,在解决两岸民商事法律冲突时,相互承认对方“私法”的效力,应更无政治障碍才是。

需要指出的是,两岸双方加入 WTO 本身对相互间民商事法律冲突的解决并无直接的影响。如上所述,由于 WTO 协定调整的是成员方之间的经济管制关系,具有“公法”的性质,并非针对私人权利义务的“私法”规范,因此,两岸双方接受 WTO 体制,基本上与两岸民商事法律冲突的解决无涉。在 WTO 协定中,虽有个别协定,如《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议),间接调整私人财产权的保护关系,但众所周知,各国及各地区的知识产权立法只具有域内效力,不会产生复杂的法律冲突问题。

当然,两岸双方加入 WTO 后,“三通”有望得到逐步实现,两岸的经贸和民间交往将日益频繁和不断扩大,随之,两岸的民商事法律冲突也会大量产生,这就更增加了妥善处理两岸民商事法律冲突问题的必要性。其中,两岸实现“三通”之后,许多台湾公司原来因台湾当局人为设限而不得不“绕道”在第三地(其他国家)先设公司,再迂回从事对大陆投资和贸易活动的,可能会改变做法,直接在台湾与大陆发展经贸关系。由此,这部分“国际”法律冲突将转变为两岸的“区际法律”冲突。

## (二)解决两岸民商事法律冲突的基本模式

解决区际法律冲突的基本模式主要有二:一是准用或类推适用国际私法规范;二是制定专门的区际冲突规范。笔者认为,在国家统一前,解决两岸民商事区际法律冲突,可采用第一种模式。

根据“一国两制”原则,台湾、香港和澳门实行高度自治。从香港和澳门实行“一国两制”的法律和实践来看,在民商事领域,除受两地《基本法》约束之外,香港和澳门特别行政区的立法权和司法权基本上是独立的,大陆和香港、澳门三大法域的民商事法律已形成一种适用上的平等关系。在目前两岸尚未实现统一的情况下,大陆与台湾两大法域的民商事法律事实上也是完全分立的;即使在两岸统一之后,大陆方已明确宣示,台湾地区享有的高度自治权程度,只会高于香港和澳门特别行政区,而不会低于该两地。

总之,无论在两岸统一后,还是在统一前,在民商事法律适用方面,没有理由不把台湾地区视为平等的法域。当然,这是一个主权国家内不同法域间民商事交往的平等,而不是各地区政治地位的平等。既然在民商事立法和司法方面,可以认可台湾地区为具有高度自治权的平等法域,那么,在大多数两岸民商事法律冲突问题上,就可准用国际私法规则来处理。

从历史渊源来看,冲突规则最早起源于解决意大利城邦间的“区际”法律冲突,后来随着“主权”概念和主权国家的出现,这些冲突规则又被延用于解决“国际”法律冲突。可见,冲突规则的诞生并未受到“主权”因素的影响,其自始就带有一种通用的性质。

从各国的立法实践来看,区际法律冲突与国际法律冲突在一些方面当然是有区别的,但这些区别不足以将区际私法制度与国际私法制度完全隔离开来,因为两者包含的大多数冲突规则是一致的。<sup>④</sup>

从大陆现行的立法和司法实践来看,涉外经济立法和民商事立法一般都准用于涉台港澳法律关系,司法机关也将“涉台港澳案件”视为“涉外案件”处理。<sup>⑤</sup>对于“两岸四地”民商事区际法律冲突如何解决的问题,虽然法无明文规定,但大陆司法实践通常类推适用国际私法规范。

当今世界,针对区际法律冲突制订特殊冲突规则的立法模式,已几近绝迹。前苏联曾实行区际私法和国际私法的“区别制”,其主要是出于意识形态方面的考虑,认为不能将各加盟共和国间的国内法律冲突混同于资产阶级国家与苏联间的国际法律冲突。这种给民商事法律冲突贴上“姓资姓社”标签的做法,显然不符合建设有中国特色的社会主义理论和改革开放的基本国策,因而不能成为制订专门的区际私法,解决两岸民商事法律冲突的理由。

其次,在民商事立法和司法领域,前苏联各加盟共和国并无高度的自治

---

④ 参见陈东壁:《解决海峡两岸法律冲突的理论基础与基本途径》,载翁松燃编:《两岸法律适用之理论与实务》,台湾蔚理法律出版有限公司1992年版,第10页。

⑤ 这方面最新的司法解释为最高人民法院2002年2月公布的《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第5条规定,涉港澳台民商事案件的管辖,“参照本规定处理”。

权,中央政府仍保留很大的权力。由此,各加盟共和国间民商事区际法律冲突的解决方法,不可能与解决独立国家之间的“国际”民商事法律冲突相一致。而中国的区际法律冲突有自己鲜明的特点,各法域都有自己的终审法院,在各法域之上不存在统一的最高法院。因而,在解决我国区际法律冲突时,无统一的终审法院加以协调。此外,与香港和澳门都必须遵循《中华人民共和国宪法》不同,台湾与大陆目前尚无统一的宪法。这些因素都说明了具有高度自治权的台湾与大陆发生的民商事法律冲突,不同于“上有”统一宪法和统一终审法院的一般区际法律冲突,其在形态上更类似于“无政府状态”(特指没有超国家政府的国际社会)下的国际法律冲突。由此,在许多方面,两岸民商事法律冲突更能准用“国际私法”的规定。当然,毫无疑问,从性质上看,两岸民商事法律冲突属于一国范围内的区际法律冲突,在某些方面,应有自己特殊的规则,不能完全套用“国际私法”的规定。总之,在国家统一前,大陆和台湾的民商事立法和司法活动都处于分立状态的事实,与前苏联各加盟共和国之间的关系有很大差异,因而前苏联的区际私法立法模式并不适用于中国区际法律冲突(包括两岸民商事区际法律冲突)的实际。

在大陆法学界,一些学者主张,应制订专门的区际私法,并起草了相应的示范法,但从这些立法建议的内容来看,其提出的解决“两岸四地”区际法律冲突的规则多与国际私法规则同。大陆著名国际私法学者韩德培先生和黄进教授虽于1991年提出了《大陆地区与台湾、香港、澳门地区法律适用示范条例》,但韩德培先生认为:“我国的区际法律冲突,除了不存在主权国家的法律冲突这一因素外,几乎与国际冲突没有多大区别。”<sup>⑥</sup> 鉴此,似无必要为追求立法形式的完备而“另起炉灶”,专门制定一部区际私法;即使有少数区际法律冲突问题需要作出特殊处理,在目前这方面法律实践还不是很成熟的情况下,也不宜操之过急,径行采用立法的方式。

在两岸尚未统一之前,大陆和台湾将依各自的冲突规则解决两岸的民

---

⑥ 《韩德培文选》,武汉大学出版社1996年版,第115页。

商事区际法律冲突。<sup>⑦</sup> 由于两地法律冲突规则的不同,容易造成当事人“择地而诉”(Forum Shopping)等现象的发生,以致损害法律选择的稳定性、一致性和可预见性。为了防范这种不利于两岸民商事交往结果的出现,在两岸政治关系趋于缓和之时,如有可能,不妨寻求通过协商的途径,由两岸双方以适当的名义签订一项“区际法律冲突协议”,以统一的法律适用规则,解决两岸的全部或部分民商事法律冲突;也可考虑由两地专家共同参与起草一部统一的区际冲突法草案,分别交由两地的立法机关,若两地的立法机关通过了该法案,则将在事实上实现两岸区际私法的统一。

## 二、两岸民商事法律冲突的特殊问题及其解决

如前所述,解决两岸民商事区际法律冲突可准用国际私法规范,但并不排除在某些特殊方面建立相应的区际法律冲突制度。这些特殊的区际法律冲突制度建立的必要性,主要来自以下两方面:一方面,有的国际私法规范无法用以解决区际法律冲突,包括两岸民商事法律冲突,如以国籍作为连结点的国际私法规范等;另一方面,在一些场合,解决两岸民商事法律冲突会牵涉到政治问题,需要在“一国两制”原则的指导下,制定特殊的区际法律冲突制度加以处理,如对适用台湾法律的公共秩序保留问题等。

### (一)属人法连结点的确定问题

属人法是国际私法和区际私法中重要的系属公式。在复合法域国家,如在国际私法中采用自然人的本国法(国籍国法)作为其属人法的,其用以区别内外国人(包括无国籍人)的“国籍”这一连结点,显然不能作为解决区际法律冲突的属人法的根据。在大陆国际私法中,也有一些以国籍为连结点的冲突规则,如最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第190条规定:“监护的设立、变更和终止,适用被监护人的本国法。但是,被监护人在我国境内有住所的,适用我国法律。”无疑,此类国际私法规则不能准用来解决两岸民商事区际法律冲突,否则,就等于承

---

<sup>⑦</sup> 台湾解决两岸民商事法律冲突的区际冲突规范主要规定在1992年《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第三章(“民事”)之中。目前,台湾当局正在修订该条例。

认台湾与大陆分属于两个不同的国家。

既然采用本国法作为属人法的国家,不能准用相关的国际私法规则来解决区际法律冲突,那么,就必须采用其他合适的连结点来代替“国籍”这一连结点。此类可使用的连结点概括起来大致有两类:一类是具有属人性质的连结点,如籍贯、联邦成员国籍、土著身份等;另一类是具有属地性质的连结点,如住所、居所、惯常居所等。最常用的是籍贯和住所这两个连结点。<sup>⑧</sup>

笔者认为,对于两岸民商事区际法律冲突的解决,不宜以“籍贯”(即区籍)为标准识别属人法,而应分别不同情形采用“住所”和“惯常居所”这两个连结点。

假如采用“籍贯”作为连结点,虽然大陆可以视台湾当事人具有的所谓“中华民国国籍”为台湾地区“区籍”,但实质上仍有承认台湾为独立的“中华民国”之嫌疑,这将严重违反“一个中国”的原则。

鉴于两岸民商事区际法律冲突的特殊性,笔者认为,对于大陆当事人及其他国家当事人与台湾当事人之间发生的民商事法律冲突,应采用“惯常居所”作为确定自然人属人法的连结点。其理由有二:

从冲突法的晚近发展趋势来看,惯常居所的重要性日益突显,现已为越来越多的冲突法立法及有关统一冲突规范的条约所采用。此其一。

更为重要的是,随着“两岸四地”经贸交往的日益扩大,在大陆投资兴业的台商越来越多,他们中的不少人虽住所地在台湾,但长期居留大陆(如上海及周边等地),即在大陆有惯常居所。<sup>⑨</sup>就那些长期居留大陆的台商与大陆当事人及其他国家当事人发生的有关民商事法律关系,“入乡随俗”,以惯常居所地作为确定属人法的依据,适用大陆法律,往往能够求得纠纷合理和顺利的解决。而且在这种情形下,当事人的惯常居所一般与纠纷有着最密切的联系。

<sup>⑧</sup> 黄进:《区际冲突法研究》,学林出版社1991年版,第158页。

<sup>⑨</sup> 据统计,台商已在祖国大陆投资兴办5万多家企业。目前经常往来于祖国大陆的台湾同胞已超过70万人,移居上海的台湾人已达30余万。参见王凡凡、潘清、周正平:《从“唐山过台湾”到“台湾过唐山”》(新华社福州2002年7月16日电)。



而对于台湾当事人之间发生的民商事纠纷,尤其是居住在大陆的台湾当事人与居住在台湾的当事人之间发生的民事纠纷,适用其共同“住所地”法(即台湾法),显然更为合理。就此类案件,人民法院没有必要以大陆的法律规定去裁断台湾人之间有关身份、婚姻和家庭等方面的纠纷。因为,尽管这些原住于台湾的当事人的一方或双方的惯常居所地现在在大陆,但他们对反映大陆社会关系特点的民事法律的认同感仍然有限,这是目前和今后相当长一段时期内的难以改变的现实。

## (二)最密切联系原则的适用问题

在大陆现行的国际私法立法及相关司法解释中,最密切联系原则作为一种具体的法律选择方法,已被直接应用于合同、扶养、国籍、住所、营业所等领域法律冲突的解决以及多法域国家准据法的确定等。笔者认为,除这些具体领域之外(不含不存在的国籍冲突问题),在解决两岸民商事区际法律冲突时,应将最密切联系原则确立为法律选择的一般原则,以便发挥其对具体冲突规则的“矫正”和“补缺”功能。

当今世界,有不少国家的国际私法立法将最密切联系原则视为解决法律冲突的基本原则,同时制定相应的硬性冲突规则作为对该原则的“表面推定”(prima facie)。当硬性冲突规则的适用有缺漏或有偏颇时,便把作为一般法律适用原则(“帝王条款”)的最密切联系原则从“预备役”中“征召”出来,发挥其“矫正”和“补缺”的功能。<sup>⑩</sup>

一是“矫正”功能。由于个案的复杂性,在准用国际私法规范解决两岸区际民商事法律冲突时,可能会对当事人产生不合理的法律选择结果,在特定情况下,也可能导致不良的政治后果出现。此时,人民法院便可启用最密切联系原则的“逃避功能”,另选合适的法律,从而发挥该原则在解决两岸民商事法律冲突过程中的“安全阀”作用。应当看到,在同样的情况下,发挥最密切联系原则的“矫正”功能以排除台湾法律的适用,较之援引公共秩序保留、法律规避及台湾法查明等制度限制台湾法律的适用,能减少其中的

---

<sup>⑩</sup> 如美国1971年《冲突法重述(第二版)》、1978年《奥地利联邦国际私法法规》及1987年《瑞士联邦国际私法》等。

“政治”色彩,更容易为当事人所接受。

二是“补缺”功能。目前,大陆国际私法正处于创制和发展阶段,现行的国际私法规则主要出现在《民法通则》及《海商法》、《继承法》等专门的民商事立法之中。然而,这些立法并没有详尽规定涉外民商事关系法律适用的所有方面,在一些方面仍有缺漏。在实践中,当某些两岸民商事区际法律冲突无法找到可准用的国际私法规则时,隐藏于“幕后”的最密切联系原则就可直接走上法律选择的“前线”,发挥其在法律适用上拾遗补阙的作用。

最密切联系原则之所以能发挥上述“矫正”和“补缺”功能,有赖于其选择法律的灵活性。借鉴各国的立法和司法实践,依最密切联系原则解决两岸民商事区际法律冲突,可采用“政策定向”的方法,综合考虑传统的法律选择政策(如发展双方经贸及民间交往的需要、保护当事人的正当期望及法律选择结果的稳定性、可预见性和一致性等)和现代的法律选择政策(主要是公共利益的分析 and “较好法”的确定等)。<sup>①</sup>

当然,在解决两岸民商事区际法律冲突时,不能滥用最密切联系原则的“弹性”特点,采用无章法的分析手段,而应详细地阐明能站得住脚的法律选择理由。否则,就有可能违反 WTO 的透明度原则及大陆方在“入世”时的相关承诺。

### (三)外国法及国际惯例的援用问题

根据 1992 年《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第三章的规定,对于两岸民商事法律冲突,台湾法院既可能适用作为法院地法的台湾法律,也可能适用大陆的法律(该条例刻意回避称大陆法律为“法律”,而称之为“规定”),但原则上不能适用其他国家的法律。<sup>②</sup>大陆学界也有学者主张,对于中国的区际合同法律冲突,如双方当事人均来自中国的不同法域,且合同履行地和缔结地都在中国的这些法域的,就不能适用外国法律,法律选择的范

---

<sup>①</sup> 徐崇利:《合同领域最密切联系原则的适用方法探讨》,《厦门大学法律评论》2002 年第 3 期。

<sup>②</sup> 王志文:《两岸三地民事法律适用问题之研究》,载国际私法研究会丛书编辑委员会主编:《国际私法论文集》,五南图书出版公司 1996 年版,第 331~333 页。

围应仅限于大陆法律、台湾法律、香港法律或澳门法律。<sup>⑩</sup>

笔者认为,两岸民商事区际法律冲突的解决,可以适用外国法及国际惯例,这样做不会违反“一国两制”的基本原则。

在一些情况下,两岸当事人之间的民商事法律冲突可能会涉及其他国家,表现为区际法律冲突与国际法律冲突的混合。例如,大陆《民法通则》第147条规定,涉外结婚关系,适用婚姻缔结地法。如准用该条规定,大陆籍一自然人和台湾籍一自然人定居于美国,两人后在美国结婚的,人民法院应选择适用美国法律处理他们之间的纠纷。在该例中,因双方当事人间的结婚关系与美国有着更为密切的联系,从而导致美国法的适用,这在国际私法中是完全正常的现象。

在实践中,可能会出现两岸当事人通过“意思自治”选择与合同纠纷没有联系的其他国家法律的情形。我们认为,就此适用外国法,无论是从理论上,还是从实践上看,都不存在将中国国内区际法律冲突“国际化”的问题。

从理论上看,如前所述,在冲突法中,可将适用的外国法不作为“法律”看待,而将其视为一种“事实”规范。

从实践来看,无论在香港和澳门回归前,还是回归后,就涉港澳法律关系,都有当事人合意选择外国法的情形。大陆1985年《涉外经济合同法》第5条规定:“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”。最高人民法院1987年发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第二部分第二点规定:“当事人选择的法律,可以是中国法,也可以是港澳地区的法律或者是外国法”;而根据该解答第一部分第二点的规定,《涉外经济合同法》也适用于“港澳地区的企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间订立的”经济合同。综合以上两项解释便可推断,在香港和澳门回归前,最高人民法院是认可当事人就涉港澳合同纠纷选择适用外国法的。

值得注意的是,从1997年7月1日香港回归到《涉外经济合同法》于1999年10月1日失效这一期间,最高人民法院并没有对该解答的上述解

<sup>⑩</sup> 孟宪伟:《我国区际私法应及时出台》,《北京联合大学学报》1997年第2期。

释进行修改;这就是说,香港回归之后,大陆与香港当事人就相互之间的区际合同纠纷,仍可选择外国法作为准据法。事实上,目前,涉港澳合同纠纷由当事人通过“意思自治”选择适用外国法的情形,仍然不少。以此类推,对于涉台的区际合同法律冲突,没有理由使之区别于涉港澳的区际合同法律冲突,进而禁止当事人合意选择外国法。

至于“国际惯例”,如国际商会的《国际贸易术语解释通则》等,属于由国际民间组织编撰的任意性规范,虽冠以“国际”的名称,实际上不过是各国商人在长期的商事交往实践中形成的默示规则。在两岸的经贸交易中,当事人当然可以经由“意思自治”的途径选择适用这些“国际惯例”,人民法院也可根据《民法通则》第142条第3款的规定,直接予以援用它们处理两岸的区际商事纠纷。

在国际私法实践中,就一些对双方当事人本无法律拘束力的国际商事条约,也允许当事人根据“意思自治”原则将之作为“国际惯例”加以选择适用。然而,国际条约毕竟是主权国家之间签订的法律文件,对于两岸民商事区际法律纠纷的解决,应禁止以任何方式适用国际条约的规定,以免有将“两国论”引入两岸关系之定位的嫌疑。

#### (四) 公共秩序保留的运用问题

在区际法律冲突中,各国对公共秩序保留制度的运用主要有两类立法例:

第一类立法例是,一些国家在区际私法中排除了公共秩序保留制度,如1926年波兰区际冲突法典、1974年西班牙民法典新序则的规定和英国的判例法制度,等等。采用这种立法例的主要是“单一制”复合法域国家。其理论根据是,一国内部不同法域民商事法律之间的差异较之不同国家的民商事法律之间的差异要小得多,而且各法域之间民商事法律即使有剧烈的冲突,也可由中央立法机构或中央司法机关予以协调,无须把问题留到最后,求助于公共秩序保留制度。

第二类立法例是,另一些国家在区际私法中则采用公共秩序保留制度,如美国、加拿大等国的判例法制度等。这些国家一般是“联邦制”国家,各法域之间的民商事法律差异比较大,而且联邦政府往往没有或只有有限的民

商事立法权,无法从实体法上直接对各法域之间的民商事法律冲突进行调和,故在特殊情况下,各法域都有对其他法域的法律实行公共秩序保留的必要。当然,无论如何,“联邦制”国家内部的“区际”法律冲突的程度还是要小于外部的“国际”法律冲突,而且有的国家还可通过联邦司法机关对区际法律冲突进行协调。因此,在这些国家解决区际法律冲突时,大多只采用“有限适用”公共秩序保留制度的政策。

对于两岸民商事区际法律冲突的解决,不但不能像一些国家的区际私法那样废除公共秩序保留制度,也不能像另一些国家的区际私法那样对公共秩序保留制度采取限制政策,而是应适当扩大公共秩序保留制度的适用,发挥该制度的“安全阀”作用。具体理由如下:

第一,尽管民商事法律的阶级性反映并不直接和明显,但大陆和台湾社会制度不同,两岸民商事法律冲突是不同性质法律之间的冲突,因此这种区际法律冲突有时会更加尖锐。相应地,人民法院运用公共秩序保留制度限制台湾有关法律适用的可能性也更大。

第二,由于台湾当局至今未回到“一个中国”的原则,其分裂国家的企图不可能一点都不会影响台湾的民商事立法,由此,在某些问题上,形成了两岸民商事法律冲突的特有复杂性。当适用某一台湾法律规定将触及违反“一个中国”原则的大是大非问题时,人民法院将会毫不犹豫地运用公共秩序保留制度。

第三,在国家统一前,两岸民商事法律冲突是两地立法权完全分立情况下的区际法律冲突,事实上,在这期间,两岸双方很难就相互间民商事实体法律的差异进行统一,或就两岸民商事法律冲突问题进行协调。可见,两岸区际法律冲突的程度不但要高于其他“单一制”复合法域的国家,也要高于“联邦制”国家的区际法律冲突,这就加大了人民法院运用公共秩序保留制度的必要性。

第四,在国家统一前,由于不大可能像其他多法域国家那样在一些领域形成统一的民商事法律,因而两岸的民商事区际法律冲突是全方位的,从而导致人民法院对公共秩序保留制度使用的频率可能也会更高一些。

当然,在解决两岸民商事区际法律冲突时扩大公共秩序保留制度的运

用,不是主张和支持滥用该例外情形。在实践中,不能动辄以台湾法律不同于大陆法律为由,拒绝适用台湾法,结果导致两岸民商事法律冲突的不公正、不合理解决,从而影响两岸经贸和民间交往的顺利开展。<sup>⑭</sup>

#### (五)法律规避的处理问题

在两岸民商事区际法律冲突下,更容易造成法律规避现象的发生,这是因为:第一,由于大陆对两岸民商事交往持开放、鼓励和便利的政策,使得一些台湾当事人容易完成对连结点的改变,如将住所和惯常居所从台湾移往大陆等;第二,由于台湾当局对两岸民商事交往设置了种种人为的法律障碍,一些台湾商人和民众不得不采取规避这些限制性法律规定的做法;第三,两岸的民商事法律差异大,法律冲突激烈,适用不同的法律会有不同的法律结果。这也可能助长当事人想方设法“趋利避害”,规避对自己不利的法律,而去挑选对自己有利的法律。

在各国的区际私法中,一些国家的立法例主张禁止法律规避(如南斯拉夫等),另一些国家的立法例则对法律规避现象不加禁止(如美国的一些州等)。

对于国际私法中的法律规避,最高人民法院 1988 年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 194 条规定:“当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法的效力。”但对于是否禁止规避外国强制性法律的问题,大陆国际私法立法及相关的司法解释,均无规定。就此,学界普遍主张,应具体分析,区别对待:如规避的是外国法中正当、合理的规定,应认定规避行为无效;反之,如规避的是外国法中反常的规定,则应认定该行为有效。<sup>⑮</sup>

笔者认为,上述最高人民法院对国际私法中法律规避问题的解释及学界的主张,也可准用于对两岸区际法律冲突中法律规避现象的处理:

一方面,不言自明,对于当事人规避大陆强制性或禁止性法律规范的行为,人民法院自应认定该行为无效。

<sup>⑭</sup> 吕国民:《论区际冲突法上的公共秩序保留》,《江苏社会科学》1998 年第 3 期。

<sup>⑮</sup> 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 1997 年版,第 199 页。

另一方面,对于当事人规避台湾或外国的强制性或禁止性法律规范的行为,人民法院应区分不同情况,酌情处断:

对于那些人为限制两岸经贸和民间往来的台湾法律规定和有违“一个中国”原则的台湾法律规定;以及对于那些虽无政治意图,但从民商事法律上看属于反常规则的台湾法律规定或外国法律规定,当事人如进行规避的,人民法院应予认可。

反之,就台湾民商事法律和外国民商事法律中的一些强制性规则,在既无政治色彩,又无反常性质的情况下,当事人如刻意进行规避的,则属于欺诈性行为,人民法院应认定其无效;否则,任由当事人改变连结点,选择对自己有利的法律,将会带来法律适用的不稳定,并引起两岸民商事交往的混乱。

#### (六)识别、反致和台湾法的查明等问题

在国际私法中,公共秩序保留、法律规避、识别、反致和外国法的查明等,均属限制外国法适用的制度。在解决两岸民商事区际法律冲突过程中,除了公共秩序保留和法律规避问题因涉及政治因素和公共利益需作特殊处理外,对于其他有关限制台湾法律适用的问题(识别、反致和台湾法的查明等),完全可以准用国际私法中的相关制度,没有必要制造区际私法规则与国际私法规则的不同;详言之,在这些方面,对台湾法的适用,人民法院既无必要“网开一面”,采取放松的政策,也无须加以特殊的限制。

就识别问题的解决,在冲突法中,主要有两种不同的理论:一是依法院地法进行识别;二是采用比较法学和分析法学的方法进行识别,即通过比较和分析找出两国或两地法律中的共同认识和概念,以便对需要解决的法律冲突问题进行归类。迄今为止,在大陆的国际私法中,尚无关于识别问题的规定。

笔者认为,一旦日后国际私法立法对识别问题作出规定,应将该规定准用于解决两岸民商事区际法律冲突。在这之前,两岸法律冲突中的识别问题,可依大陆学界普遍的主张,采用“比较法理论与分析法学”和“功能定性

说”的方法解决。<sup>⑥</sup>反之,只适用法院地法进行识别,可能会导致对对方法律的曲解,乃至错误试用,造成结果的不公正、不合理,进而成为中国区际法律冲突解决中的一个障碍。<sup>⑦</sup>其主要理由有三:

第一,两岸的民商事法律在性质上虽然不同,但同采成文法传统,且两地人民同文同族,因而在有些民商法具体概念的解释上,必然存在相同或类似之处。

第二,通过“求同”的方法进行识别,易为台湾法院所接受,从而有利于大陆法院的判决在台湾得到承认和执行。

第三,采用“比较法理论与分析法学”和“功能定性说”的方法解决识别问题,比较富有弹性,有助于解决那些复杂的两岸区际法律冲突问题。

就是否接受反致的问题,在大陆的国际私法立法过程中和国际私法学界,一直是一个非常有争议的问题。根据最高人民法院 1987 年发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第二部分第五点的规定,在合同法律适用领域,不应采用反致制度。虽然该解答随着大陆新《合同法》的实施已整体失效,但其对反致问题的解释精神,可能会得以沿用。另最高人民法院 1988 年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 178 条第 2 款规定:“人民法院在审理涉外民事法律关系时,应当按照民法通则第 8 章的规定来确定应使用的实体法。”该条规定似乎也隐含着不接受反致的意思。

同样,笔者认为,日后,一旦国际私法立法对反致问题作出明确的规定,则对两岸民商事区际法律冲突中反致问题的处理,应准用国际私法中的这方面规定,但在目前,可遵循最高人民法院有关司法解释的基本精神,暂时采取拒绝反致的态度,以减少解决两岸民商事法律冲突的复杂性,以及避免产生与国际私法中解决反致问题司法实践不一致的问题。

在依冲突规则援用外国法时,如无法查明外国法的内容时,最高人民法

---

<sup>⑥</sup> 黄进主编:《中国的区际法律问题研究》,法律出版社 2001 年版,第 107~108 页。

<sup>⑦</sup> 沈缙:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 91~92 页。



院 1988 年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 193 条规定,该纠纷的解决最终应适用我国法律。对于两岸的民商事区际法律冲突,如本应援用台湾的法律但又无法查明其内容的,当然最后也应应以大陆的法律取而代之,但是,这只能在用尽各种方法后实在无法查明台湾法有关内容的极个别情况下,才能主张。因为随着两岸交往(包括法律交往)的日益密切,极少有查不明台湾法有关内容的情形,如大陆法院动辄以对方法律无法查明为由而改用大陆的法律,可能会使台湾当事人产生对人民法院适用法律不公的怀疑,从而影响大陆司法体制的信誉。

针对以上两岸民商事交往中须作特殊处理的各个区际法律冲突问题,因无法准用国际私法规范,所以须作出专门规定。而从立法形式上看,目前,这些处理两岸民商事“区际”法律冲突的专门制度,可先由最高人民法院以司法解释的方式确立,以便保持一定的弹性,待日后进行系统的冲突法立法之后,通过总结司法经验,并经与可准用的“国际”私法规范协调之后,再对专门用于处理两岸民商事法律冲突的“区际法律”冲突规则作出特殊的规定,方为妥当。